

## Danos Y Perjuicios Accidentes De Transito Eximicion De Responsabilidad Culpa De La Victima

### JURISPRUDENCIA

### DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidentes de tránsito. Eximición de

responsabilidad. Culpa de la víctima Se revoca la sentencia apelada y, en consecuencia, se rechaza íntegramente la demanda por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito. Ello en virtud que de las probanzas de autos surge que la conducta de la víctima se constituyó en causal de exclusión de responsabilidad, en tanto que ella ha sido la causa eficiente del accidente que derivara en el daño cuya reparación se solicita. En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a veintisiete de diciembre de 2017, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal y María Cristina Díaz Alcaraz, para dictar sentencia en los autos caratulados "Martínez, Nelly María contra Dâ??Agostino de Salazar, Mauricio Luis y otro sobre daños y perjuicios» (expediente número 149.036) y, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Díaz Alcaraz, resolviéndose plantear las siguientes CUESTIONES 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 732/737? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO:

A- El asunto juzgado. A. 1) Nelly María Martínez promovió demanda por daños y perjuicios contra Mauricio Luis Dâ??Agostino de Salazar por la suma de \$176.460, citando en garantía a Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada. Relató que el día 22 de enero de 2010, aproximadamente a las 10:30 hs., se encontraba en la ciudad de Mar del Plata, dirigiéndose a la playa en compañía de su marido, cuando de manera repentina, al cruzar la avenida Martínez de Hoz a la altura de la calle Puán, fue embestida por un vehículo marca Peugeot 206, dominio DTI-052, conducido por el demandado, quien circulaba violando la señal de tránsito que prohibía su paso. Preciso que, a causa de los golpes recibidos, fue trasladada al Hospital Interzonal de la mentada localidad, donde se constató que padecía una fractura diáfisis humeral del brazo derecho, debiendo ser operada por el Dr. Martín Filippa en la Clínica Belgrano el día 26 de enero de 2010, lugar en el que permaneció internada hasta el día 31 de ese mes. Sostuvo que, posteriormente, comenzó a realizar los correspondientes trabajos de rehabilitación en la ciudad donde residía (Pigüé), pero al no haber obtenido resultados positivos tuvo que ser sometida a una segunda cirugía llevada a cabo en la localidad de Coronel Suárez por el Dr. Abraham Resnicoff, a pesar de lo cual nunca pudo recuperar la movilidad del miembro. Luego de endilgar responsabilidad al encartado en los términos de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, detalló los rubros reclamados, justipreciándolos, ofreció prueba y pidió que se haga lugar a la demanda, con costas. A. 2) Habiéndose producido el deceso de la actora, a fs. 577 se presentaron en estos autos sus herederos: Walter, Guillermo W. y Gloria Fischer. A. 3) Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada compareció a fs. 95, contestando la citación en garantía. Después de negar los hechos relatados en el escrito de inicio, alegó que existió culpa de la víctima, pues fue la accionante quien cruzó la avenida corriendo, de manera sorpresiva y sin mirar, mientras que su asegurado condució a su automóvil correctamente, golpeando con los efectos de la playa que portaba el espejo lateral izquierdo del rodado, circunstancia que provocó su caída al pavimento. Agregó que a pesar de que en el lugar existe un puente peatonal para cruzar la arteria, Martínez y su esposo decidieron atravesarla sin utilizarlo, poniendo en peligro sus propias vidas. Finalmente impugnó los rubros indemnizatorios reclamados, ofreció pruebas y pidió que se rechace la acción, con costas. A. 4) A fs. 181 se presentó Mauricio Luis D'Agostino de Salazar contestando la demanda incoada en su contra en similares términos a los expuestos por la citada en garantía. Impugnó la liquidación presentada por la actora, ofreció pruebas y pidió el rechazo de la acción, con costas. B- La solución dada en primera instancia. El magistrado de grado, luego de analizar la prueba producida, encontró probada la responsabilidad del accionado de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1113, segunda parte, del Código Civil vigente al momento de producirse el hecho dañoso, en su condición de guardián del vehículo embestidor. Para así- decidir, señaló que resulta difícil determinar las circunstancias en virtud de las cuales se produjo el accidente, pues no existen testigos presenciales, ni se lograron acreditar las particularidades del caso expuestas por la partes; en concreto, la existencia del puente peatonal que referencia la demandada, la inexistencia de la senda peatonal a nivel de la avenida, el lugar por donde cruzó la calle la actora, la habilitación o no del paso vehicular, la manera en que la Sra. Martínez se dispuso a cruzar y la velocidad con la que transitaba Dâ??Agostino Salazar. Preciso que todas estas omisiones probatorias llevan a despejar la posibilidad de endilgar cualquier tipo de responsabilidad subjetiva al respecto o, en su caso, a evaluar la alegada culpa de la víctima, la que en el caso se configura como eximente de la responsabilidad objetiva del emplazado. Sostuvo que con el croquis confeccionado en la causa penal, los dichos allí- vertidos por el oficial instructor (v. fs. 464) y lo que expresaron los testigos (v. fs. 602 y 604), no se

reconstruyeron las circunstancias relevantes precedentemente expuestas, puesto que se trata de manifestaciones subjetivas que no se corroboraron con ninguna otra prueba. Señaló que en virtud de lo que surge del informe policial de fs. 464, del peritaje de fs. 567 y de los propios reconocimientos de las partes, se encuentra acreditado que el vehículo embistió a la actora (arts. 384, 474 y conc., CPCC); en consecuencia, concluyó en que "excluido todo elemento subjetivo, por no haber alcanzado carácter de confirmación procesal, la responsabilidad es atribuida objetivamente al demandado (art. 1113 CCiv)" (sic, fs. 733 vta.). Seguidamente manifestó que dado que la citada en garantía ampara los siniestros en que resultase involucrado el vehículo marca Peugeot 206, dominio DTI-052, conducido por el demandado, la sentencia es ejecutable contra aquélla, debiendo mantener indemne al asegurado en la medida estipulada en el contrato de seguro (arts. 109 y 118, Ley N° 17.418). A continuación analizó los rubros reclamados y cuantificó los daños, cuestión que es abstracto reseñar dado el resultado que se impondrá al pleito. En definitiva, resolvió hacer lugar a la demanda por la cantidad de \$80.000, más intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los depósitos a plazo fijo digital a treinta días (v. fs. 745).

C- La articulación recursiva.

C. 1) La parte actora dedujo recurso de apelación a fs. 740, remedio que le fue otorgado libremente a fs. 741. Expresó sus agravios a fs. 765/774, los que fueron replicados a fs. 784/787 por la contraparte.

C. 2) El demandado y la citada en garantía apelaron la sentencia a fs. 746, recurso que se les concedió a fs. 747. Expresaron sus agravios a fs. 776/782, los que fueron replicados a fs. 789/791 por los actores.

D- Los agravios.

D. 1) Los accionantes se agravan del monto por el que prosperó la demanda y del tratamiento de los rubros reclamados, lo que omitiré reseñar por resultar abstracto dado el resultado que tendrá el recurso de la parte demandada.

D. 2) El accionado y la citada en garantía se duelen de que el a quo haya hecho lugar a la demanda, puesto que Agostino no reconoció en ningún momento haber embestido a la actora, sino que ésta golpeó con los efectos de playa que portaba el espejo lateral izquierdo de su rodado, cayendo al pavimento y lesionándose. Arguyen que lograron demostrar que el hecho ilícito fue provocado por el accionar imprudente del peatón, circunstancia que los exime de responsabilidad a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo de la segunda parte del art. 1.113 del Código Civil, pues se configura la causal de exoneración de la culpa de la víctima. Sostienen que Martínez no fue embestida ni atropellada, sino que existió un roce entre ésta y el vehículo del encartado, lo que generó su caída al piso. Manifiestan que recurriendo a la eficaz herramienta que constituye "Street view" de Google se aprecia que en el lugar existe un cartel que indica "Por su seguridad utilice las pasarelas peatonales", lo cual acredita que el accidente de autos se produjo por la exclusiva culpa de la accionante. Agregan que de estas vistas se advierte que las "pasarelas", además de no tener escalones que dificultarían el ascenso y descenso de las personas con limitaciones motoras, están dotadas de rampas con suaves declives que posibilitan que los turistas las utilicen sin contratiempos, superando el intenso tránsito que hay en la avenida; pese a ello, Martínez y su cónyuge optaron por cruzarla a través de la calzada, generando un riesgo para sí y para los conductores de los vehículos que circulaban por la zona. Argumentan que la actora admitió que visitaba frecuentemente Mar del Plata, por lo que mal podía ignorar el peligro que entrañaba cruzar por ese lugar y en esas condiciones, máxime cuando además son de público y notorio conocimiento las características de la avenida costanera de esa ciudad, su peligrosidad para los peatones y las medidas adoptadas por el municipio para neutralizarla. Dicen que de la actuación policial que rola a fs. 464 surge que la actora circulaba por una zona indebida, ya que a cinco metros se encuentra el puente peatonal habilitado para el cruce de peatones, prueba no menor a la luz de lo que establece el art. 38, inc. c), de la Ley N° 24.449, que dispone: "En las zonas urbanas y rurales si existen cruces a distinto nivel con senda para peatones, su uso es obligatorio para atravesar la calzada". Indican que las particularidades del lugar en el que sucedió el siniestro están acreditadas a través de:

a) Las actuaciones de fs. 464 de la causa penal, donde el croquis realizado corrobora la autenticidad de las fotografías y del video acompañado, pruebas que fueron maliciosamente desconocidas por la actora.

b) La declaración testifical de fs. 632/633, en la que de forma circunstanciada surge cómo ocurrió el hecho.

c) Las declaraciones de los propios testigos ofrecidos por la actora, quienes no vieron el hecho y afirmaron que los reclamantes "siempre pasaban por la calle" porque no podían subir el puente. En síntesis, señalan que de la sumatoria de todos estos elementos de prueba se desprende que la conducta de Martínez tuvo idoneidad suficiente para interrumpir el nexo causal entre el correcto actuar del accionado y el resultado devenido. Citan Jurisprudencia y doctrina. A todo evento y para el supuesto caso de que se haga lugar a la demanda, se quejan del monto fijado por el rubro daño moral, el cual consideran excesivo, lo que no reseñaré por devenir abstracto.

D. 3) En la réplica a estos embates los actores sostienen que la contraparte solo hace alusión a algunas pruebas producidas e intenta tergiversar la realidad, pretendiendo encuadrar los hechos en su relato, el cual dista en gran medida de lo acaecido y probado en estos autos. Destacan que la testigo Zunilda Viviana Posada, cuya declaración obra a fs. 632/633, fue mendaz, pues se le efectuaron diversas repreguntas que comprometieron seriamente la veracidad de sus dichos.

E. El análisis de la sentencia apelada en función de los agravios.

E. 1) Dado que todos los hechos que dan lugar a esta litis ocurrieron durante la vigencia del ya derogado Código Civil y que esta sentencia es declarativa y no constitutiva de derechos, corresponde aplicar ese cuerpo normativo a la solución del litigio, pues lo contrario implicaría una aplicación retroactiva del Código Civil y Comercial

vedada por su artículo séptimo. E. 2) En la teoría del riesgo creado, concretamente en el supuesto de un accidente de tránsito protagonizado por un automotor del que resulta víctima un peatón, incumbe al demandado la acreditación de que el perjuicio sobrevino por culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder, susceptible de interrumpir el nexo causal entre el daño y la cosa que lo produjo, lo que en el caso fue logrado. Veamos. La testigo Zunilda Viviana Posada -quien presenció el accidente- a fs. 632/633 declaró: "yo también estaba por cruzar y vi que la señora cruzó por abajo del puente y como que se chocó al auto, no fue el auto que la agarró de frente sino un roce» (sic, fs. 632). Preguntada que fuera acerca de cuántos carriles tiene la avenida Martí-nez de Hoz en la zona donde acaeció el hecho, contestó: "cuatro» y que "en esa parte los autos aceleran y frenan» (v. respuesta a la décimo sexta repregunta). A continuación, consultada que fue sobre de qué manera cruzaba el peatón y si en el momento en que lo hacía había un tránsito fluido, dijo: "entre los autos, y sí- había tránsito fluido». Asimismo, cuando se le pidió que diga si a la par del vehículo partícipe del accidente circulaban otros automóviles, respondió que sí- (v. contestación a la pregunta décimo segunda). También precisó que el rodado del demandado "no iba muy rápido» (v. contestación a la segunda repregunta) y que el roce se produjo "con el espejo del acompañante» (v. respuesta a la séptima repregunta). Finalmente, manifestó que la actora "iba medio corriendo entre los autos [...] cuando cruza se mete entre los autos y se choca el auto ella, el auto frena y la roza» (sic, fs. 633, respuestas a las repreguntas décimo primera y décimo quinta). El hecho que la testigo no haya declarado en la causa penal no invalida de por sí- la posterior deposición que efectuara en estos autos, máxime cuando explica convincentemente por qué se encontraba en el lugar del hecho, como ocurre en autos. Ciertamente es que una reiterada jurisprudencia sostiene que corresponde valorar con mayor rigor el testimonio de la persona ofrecida como testigo en el juicio civil que no declaró en el sumario policial de prevención, ni ante el juez en lo correccional; pero cuando explica acabadamente por qué se encontraba en el lugar del hecho a la hora del siniestro y sus declaraciones son claras y concuerdan con los demás elementos de prueba (como por ejemplo las fotografías que muestran los daños del vehículo, lo que surge del acta de actuación policial de la causa penal, el color del rodado, etc.), deben aceptarse los dichos del testigo único que no declaró en dicha sede (conf. Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, causa 26.890 "Meza», citado por Medina, Graciela: La prueba del daño. Provincia de Buenos Aires, en Revista de Derecho de Daños, n° 4, publicación perteneciente a la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 400). La testigo no se desdijo en ningún momento, todo lo contrario, su testimonio fue creíble y su relato de los hechos fue consecuente. Nótese que no fue impugnado por los accionantes en los términos del artículo 456 del Código Procesal dentro del plazo de prueba como tenían la carga de hacerlo, por lo tanto no lo pueden hacer en esta instancia; y si bien el abogado patrocinante de los peticionantes en la audiencia testimonial manifestó que formularía una denuncia penal por falso testimonio, no hay siquiera noticias de ella, ni mucho menos de una condena en tal sede, razón por la cual, no existiendo ningún otro medio de convicción que la contradiga, debe tenerse la declaración testifical de Zunilda Viviana Posada por suficiente prueba de la manera en que ocurrió el accidente. En cuanto a la velocidad del rodado, que el perito estima en unos treinta kilómetros por hora, por un lado debo decir que no se apoya en ningún argumento científico válido para sostener tal conclusión, reconociendo que la "estimó», lo que le resta fuerza (art. 474, Código Procesal); pero además, de ser ello cierto, peor suerte le cabría a la peatón, porque hubiese sido aún más temerario lanzarse a una arteria de tránsito fluido cuando los automóviles circulaban a unos treinta kilómetros horarios, velocidad que, por otra parte, está dentro de los parámetros reglamentarios. A ello se agrega que el argumento de la actora atinente a que el emplazado cruzó el semáforo en rojo no fue por ella demostrado (art. 375, Código Procesal). Me apresuro a destacar que la circunstancia de que un peatón infrinja una norma administrativa, como lo es cruzar por la calle cuando debió hacerlo por el puente peatonal habilitado a tal efecto, es una mera falta contravencional que de por sí- carece de entidad suficiente para erigirse en la causa de un siniestro. En otras palabras, el mero hecho de que el peatón cruce por la mitad de la calle no implica que se configure la culpa de la víctima, puesto que "quien tiene a su cargo la conducción de un vehículo, asume sobre sí- la posibilidad cierta de la ocurrencia de sucesos que, en el curso ordinario del tránsito, pueden presentarse de manera más o menos imprevista. La aparición del peatón distraído o desaprensivo, es un hecho que se presenta al menos ocasionalmente, debiendo estar el conductor lo suficientemente alerta como para sortear esa emergencia, salvo -por supuesto- casos excepcionales" (SCBA, causa 76.764 "Jara», sent. del 18/12/2002). Sin embargo, en el caso juzgado se presenta justamente el supuesto excepcional que la Corte ha dejado a salvo y que permite liberar de responsabilidad al conductor del vehículo, pues quedó demostrado que en pleno mes de enero, en la costanera de la ciudad de Mar del Plata, la señora Nelly María Martí-nez emprendió caminando el cruce de una avenida de intenso tránsito vehicular, omitiendo utilizar el puente peatonal habilitado a tal efecto, en la que circulan permanentemente infinidad de automóviles que arrancan y frenan al mismo tiempo de manera constante, dispuestos de manera tal que razonablemente entorpecen la visión del conductor de personas que se lanzan entre los vehículos cuando éstos están momentáneamente detenidos. De consuno, si bien la aparición sorpresiva de un peatón que cruza una avenida corriendo puede ser una vicisitud frecuente en el tránsito, no lo es menos que tal conducta, en las circunstancias señaladas, es suficiente para fracturar el nexo causal entre el riesgo de la cosa y el daño provocado.

El peatón no tiene un "bill de indemnidad", ni es el dueño o señor de la calle; él, al igual que el conductor del automóvil, debe cumplir con las normas que el legislador ha impuesto precisamente para garantizar su seguridad personal y la de los terceros; la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que las reglamentaciones de tránsito no pueden ser soslayadas y deben ser consideradas, junto con otras circunstancias, en oportunidad de calificar la conducta de la víctima o del tercero para determinar si ha ocurrido o no -y en su caso en qué extensión- la situación prevista en la parte final del segundo apartado del artículo 1.113 del Código Civil (SCBA, causa 46.852 "De Lorenzo", sent. del 4/8/1992; DJBA, tomo 143, pág. 195). Es cierto que en función de las normas reguladoras del tránsito el conductor debe conservar en todo momento el dominio del automotor, pero es del caso advertir que, cuando se acreditan situaciones o conductas de la víctima que devienen irreflexivas, imprevistas, imprudentes o temerarias, no es posible responsabilizarlo exigiéndole un obrar apto para sortear no sólo sus propias deficiencias, sino también para evitar las consecuencias del obrar totalmente negligente o culposo de la víctima, pues, en tales condiciones, se estaría descargando sobre él la culpa exclusiva del peatón (Cámara Civil y Comercial 1ª, Sala I, de Mar del Plata, causa 110.061, reg. 434/00, sent. del 28/11/2000, base de datos Juba). Es que la culpa del peatón no queda amparada por la teoría del riesgo creado receptada en el art. 1.113 del Código Civil, pues precisamente, la norma citada permite demostrar la culpa de la víctima para eximir de la responsabilidad objetiva que la misma ab initio impone. En suma, hubo en el caso de autos culpa de la víctima de entidad suficiente para quebrar el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño producido. En consecuencia, juzgándose el presente desde la óptica de la responsabilidad objetiva regulada por el art. 1.113 del Código Civil, se impone el íntegro rechazo de la demanda. Voto por la negativa. A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DRA. DÍAZ ALCARAZ DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO: En virtud del resultado que arrojó la votación respecto de la cuestión anterior, corresponde revocar la sentencia dictada en autos, rechazando la demanda promovida, con costas a cargo de la parte actora en ambas instancias (art. 68, CPCC). Así lo voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DRA. DÍAZ ALCARAZ DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA VISTOS Y CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta a derecho. Por ello, el tribunal RESUELVE: 1) Revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar íntegramente la demanda promovida por Nelly María Martínez contra Mauricio Luis Agostino Salazar, a quien se absuelve libremente. 2) Imponer las costas en ambas instancias a cargo de la parte actora. 3) Diferir la determinación arancelaria para luego de efectuada la de la instancia anterior. Hágase saber y devuélvase.

025391E